

# Vom Rechtsstaat zum Verfassungsstaat

## Zur Kritik juridischer Demokratieverhinderung

Von Ingeborg Maus

*Helmut Ridder zum 85. Geburtstag*

Es entbehrt nicht der bitteren Ironie, dass ein großer Geburtstag Helmut Ridders, dessen Thema seit Jahrzehnten der Zusammenhang von positiver Rechtsgeltung, Demokratie und Frieden ist, zu einem Zeitpunkt ansteht, zu dem seine wissenschaftlichen Erkenntnisse durch schiere Unvernunft in den Staub getreten sind. Wie viele Menschenleben wären gerettet worden, hätte westliche Hegemonie nicht den Namen der internationalen Gemeinschaft usurpiert, sondern sich an das kodifizierte Recht derselben gehalten. Auch um die spezifische Verbindung von „Demokratie und Recht“, auf die sich die folgende Betrachtung konzentriert,<sup>1</sup> ist es seit langem schlecht bestellt. Das Thema Helmut Ridders ist also nur in einer Oppositionswissenschaft zu bearbeiten, die der herrschenden Lehre und den real existierenden Zuständen gleichermaßen den Kampf ansagt und die – ganz im Sinne der Arbeiten Helmut Ridders – eine starke historische Dimension entwickelt, um die typisch „deutsche Flucht aus der Geschichte“ zu konterkarieren und überhaupt durch kritisches Erinnern die Eindimensionalität der Gegenwart zu irritieren. Zugleich geht es um ein Thema, das angesichts der aktuellen Diskussion um eine europäische Verfassung von größter Relevanz ist. Ganz offensichtlich ist diese Diskussion durch einen beängstigenden Mangel an Vertrautheit mit den Kriterien einer demokratischen Verfassung behindert – Kriterien, um die eine Auseinandersetzung bisher nur hinsichtlich innerstaatlicher demokratischer Strukturen stattfand. Ehe also über die kommende europäische Verfassung verantwortlich beraten und entschieden werden kann, ist trotz des inszenierten Zeitdrucks eine Klärung der Voraussetzungen von Demokratie überaus dringlich.

Wenn unter dem Titel „Vom Rechtsstaat zum Verfassungsstaat“ eine steigende Demokratieverhinderung abzuhandeln ist, so sind damit Begriffe gebraucht, die in semantischen Kämpfen historisch immer wieder neu besetzt und bis zur Unkenntlichkeit entstellt wurden. „Vom Rechtsstaat zum Verfassungsstaat“ bezeichnet also eine Entwicklungslinie, deren Stationen überhaupt erst bestimmt werden müssen. Dieser Versuch wird noch dadurch

1 Auch dieser Aspekt des Werkes kann hier nur in einem begrenzten Ausschnitt behandelt werden. Verwiesen sei auf die Gesamtbibliographie der Schriften von Helmut Ridder (fast 500 Titel) in: Friedrich-Martin Balzer (Hg.), Helmut Ridder für Einsteiger und Fortgeschrittene, Bonn 2004.

erschwert, dass die genannten Begriffe in der Gegenwart einer Willkür des Zugriffs unterliegen, die eine Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen generiert. Angesichts dieser Komplikationen sollte es nicht verwundern, wenn im Folgenden – trotz der großen Gemeinsamkeit der Intentionen – gelegentlich auch auf Auseinandersetzungen zu verweisen ist, in denen Helmut Ridder und die Verfasserin auf unterschiedliche Weise sich der Begriffe und ihrer Gegenstände versicherten. Das bedeutet für den Gang der folgenden Argumentation, dass es sogar notwendig sein kann, sich in scheinbar verselbstständigten Exkursen dem Werk Helmut Ridders anzunähern. Aus Gründen, die noch zu erläutern sind, werden „Rechtsstaat“ (I) und „Verfassungsstaat“ (II) getrennt abgehandelt.

### I

Helmut Ridder hat eindrucksvoll dargetan, dass Materialisierungen des Rechtsstaats, vor allem seit dem Ende der Weimarer Republik, diesen in ein Entsprechungsverhältnis zum „Staatsrecht“ bringen, das eine Identifikation von Recht und Staat auf dem Niveau des Staates und der von ihm vertretenen Interessen impliziert.<sup>2</sup> Die Verteidigung des Rechtsstaats wird dadurch zu einer Formel, die tatsächlich der Freisetzung eigenständiger, die Funktion des Rechts gerade übersteigender Staatszwecke dient. Unter Rückgriff auf diese Formel kann jede beliebige inhaltliche Politik gegen den Widerspruch der gesellschaftlichen Basis als rechtsstaatlich gebotene legitimiert werden. Dies bedeutet aber, wie Helmut Ridder betont, dass in dieser Gegenwart des Rechtsstaates dessen spezifisch deutsche Vergangenheit als bloße Konstitutionalisierung des monarchischen Prinzips wieder auflebt.

Daneben findet sich bei Helmut Ridder selbst der Begriff des formalen Rechtsstaats, der in kritischer Absicht gegen konservative und linke Materialisierungen der Gegenwart gewendet wird. An einem spezifischen Aspekt dieser formalen Rechtsstaatskonzeption möchte ich hier noch einmal ansetzen, um das Thema zu behandeln. Ich selbst hatte seinerzeit über Entwicklung und Funktionswandel der deutschen Rechtsstaatstheorie gehandelt und dabei eine „Verfallsgeschichte“ vom formalen demokratischen Rechtsstaat des 18. Jahrhunderts zum sukzessive materialisierten und somit antidemokratisch gewendeten Rechtsstaat der Gegenwart geschrieben.<sup>3</sup> Aus dieser Sicht hatten die im 19. Jahrhundert noch bestehenden formalistischen Teilelemente der Rechtsstaats-Doktrin als Abwehrpositionen immerhin gegen alle Versuche justizförmiger Beschränkung des Gesetzgebers fungiert und wurden insoweit immer noch als Ansatzpunkte für einen demokratischen Gesetzespositivismus der Weimarer Zeit interpretiert. Helmut Ridder hatte allerdings zu Recht eingewendet, dass diese Einschätzung des 19. Jahrhun-

2 Helmut Ridder und Richard Bäuml, Kommentierung von Art. 20 Abs. 1-3 GG, III: Rechtsstaat, in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare, Neuwied und Darmstadt 1984, Bd. 1, S. 1288-1337, hier: S. 1298 ff.

3 Ingeborg Maus, Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats, in: Dies., Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus, München 1986, S. 11-82.

derts insgesamt zu optimistisch ausfalle, da sie die „besonderen Gewaltverhältnisse“ als weite Bereiche gesetzesfreier Enklaven der Verwaltung ausblende.<sup>4</sup> Dies muss ich zugestehen. Dennoch stellt sich die Frage, ob der Rechtsstaat wirklich von Anfang an bloß auf eine „Mäßigung“ der Staatsgewalt angelegt war oder sich nicht doch auf dem Weg zu deren Vergesetzlichung befand, welche zunächst allerdings nur sehr partiell gelang.

Franz Neumann hat darauf aufmerksam gemacht, dass unter den restriktiven Bedingungen des deutschen Konstitutionalismus ein spezifischer Kampf um den Gesetzesbegriff geführt wurde.<sup>5</sup> Das an der Gesetzgebung nur beteiligte, eigentlich nur mit einer Vetoposition gegenüber dem König ausgestattete Bürgertum hatte einerseits als defensive Minimalposition das generelle Gesetz für jeden Eingriff in Freiheit und Eigentum gefordert und insoweit einen machtgeschützten Besitzindividualismus abgesichert. Es ist aber zu ergänzen, dass sich andererseits schon früh die Formulierung findet, das Gesetz könne darüber hinaus „jeden anderen beliebigen Gegenstand“ zum Inhalt haben, der als partikularer üblicherweise durch einseitige Regierungsverfügung geregelt werde.<sup>6</sup> In dieser Perspektive sehe ich die maximale Hoffnung ausgedrückt, das gesamte Staatshandeln sukzessive unter das Gesetz stellen zu können. Auch wenn zu dieser Zeit die Formel von der „Allmacht des Gesetzes“<sup>7</sup> noch eher auf Allmächts-Fantasien beruht, so ist doch eine Richtungsangabe zukünftiger Entwicklung auch darin angedeutet, dass das Postulat der Generalität des Gesetzes einseitig gegen die monarchische Exekutive gerichtet ist und sowohl Mindest- wie Maximalforderungen dieses Gesetzesbegriffs die Erweiterung der Legislativfunktion implizieren.

Unter diesem Gesichtspunkt muss der „Vorbehalt des Gesetzes“ nicht unbedingt als Ausdruck mediokren Rechtsdenkens verstanden werden. Helmut Ridder selbst hat auf das – wie ich meine: nur scheinbare – Paradox hingewiesen, dass die ohne Schranken des Gesetzes gewährleisteten Grundrechte des Grundgesetzes in der Verfassungspraxis mehr beschränkt werden als die unter Gesetzesvorbehalt stehenden.<sup>8</sup> Entsprechend beklagt Hoffmann-Riem zum Beispiel in seiner Kommentierung von Art. 8 GG, dass der Gesetzesvorbehalt nicht auch auf Versammlungen in geschlossenen Räumen erstreckt wurde, was erst die Möglichkeit mittelbarer Eingriffe der Verwaltung in das Grundrecht der Versammlungsfreiheit durch bau-, feuer- oder seuchenpolizeiliche Maßnahmen eröffnete.<sup>9</sup> Insofern verweist auch noch der Gesetzesvorbehalt solange auf die Suprematie des Gesetzgebers gegenüber den anderen „Gewalten“, als noch nicht eine später substanzialisierte Rechtsstaatlichkeit das Gesetz selbst als Einfallstor willkürlicher Durchgriffe bereitstellt. Selbst in der rechtsstaatlichen Minderform des deutschen Konstitutio-

4 Ridder/Bäumlin, a.a.O., S. 1304.

5 Franz Neumann, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: Ders., Demokratischer und autoritärer Staat, Frankfurt a. M. und Wien 1967, S. 31-81, hier: S. 52.

6 Robert von Mohl, Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, Bd. I (1829), Tübingen<sup>2</sup>1840, S. 67 f.

7 Ebd., S. 68.

8 Helmut Ridder, Vom Wendekreis der Grundrechte, in: „Leviathan“, 5/1977, S. 467-521; Ders., Besprechung von Wolfgang Kries, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, in: „AöR“, 95/1970, S. 596 ff.

9 Wolfgang Hoffmann-Riem, in: Kommentar zum GG..., a.a.O, S. 744 ff., 760.

nalismus scheint mir daher ein emanzipatorisches Moment angelegt zu sein, das erst im Gesetzespositivismus der Weimarer Republik (für eine sehr kurze Zeit) zu sich selbst kommen konnte.

Zugleich sehe ich aber auch in den Formeln der „Allmacht des Gesetzes“ und des „Primats des Gesetzgebers“ eine Erinnerung an das emphatische Modell des demokratischen Rechtsstaats enthalten, das im 18. Jahrhundert entwickelt wurde und – wie ich meine – mit dem übereinstimmt, was Helmut Ridder „demokratische Gesetzlichkeit“ nennt. Dass der Rechtsstaat in seinen Ursprüngen nicht etwa auf „Mäßigung der Staatsgewalt“<sup>10</sup>, sondern auf deren Vergegesetzlichung angelegt ist, kann sogar schon an dem vorausliegenden Modell von Hobbes abgelesen werden, der bekanntlich Absolutismus und formale Rechtsstaatlichkeit im Interesse möglicher Effizienz des Staatshandelns verbindet – eines Staatshandelns, das seine Legitimation nicht mehr aus metaphysischen Staatszwecken bezieht, sondern bereits ausschließlich aus Bedürfnissen der Individuen konstruiert wird. Hobbes misstraut der Unberechenbarkeit richterlicher Entwicklung des Common Law und fordert stattdessen eine Gesetzeskodifikation.<sup>11</sup> Dass das souveräne Staatsoberhaupt an die verkündeten Gesetze nur, aber immerhin solange gebunden ist, als es sie noch nicht geändert hat, und zudem authentische Interpretationen durch die anwendenden Instanzen zu garantieren hat, ist als Forderung freilich nicht nur gegen den souveränitätsfeindlichen Traditionalismus und den Konstruktivismus der Common-Law-Jurisprudenz gerichtet, sondern hat auch eine dem Bürger zugewandte Seite: Ohne das Gesetz, das Hobbes' Staatsoberhaupt als Souverän erlassen und öffentlich verkündet hat, kann er als Exekutive nicht handeln, er unterliegt also dem Rückwirkungsverbot. Und ohne Gewährleistung der „Gleichheit vor dem Gesetz“, das heißt ohne Garantie der rechtlichen Gleichbehandlung sozial ungleicher Bürger vor Gericht, zerstört er den Frieden bzw. die „Sicherheit des Volkes“ und verliert folglich jeden Machtanspruch.<sup>12</sup> In dieser Vergesetzlichung der Staatsgewalt, die allerdings noch ganz ohne Gewaltenteilung auskommt, ist bereits ein wesentliches Element enthalten, das auch der demokratischen Rechtsstaatstheorie des 18. Jahrhunderts eingeschrieben bleibt.

Als deren Protagonist soll ganz kurz Rousseau behandelt werden, dessen Theorie – wie beängstigend häufig übersehen wird – in Fragen demokratisch-rechtsstaatlicher Gewaltenteilung mit den Konstruktionen John Lockes und Kants vollständig übereinstimmt,<sup>13</sup> und der gemeinsam mit diesen Auto-

10 So aber Ridder/Bäumlin, a.a.O., S. 1327.

11 Thomas Hobbes, Dialog zwischen einem Philosophen und einem Juristen über das englische Recht, hg. von Bernard Willms, Weinheim 1992.

12 Thomas Hobbes, Leviathan, hg. von Iring Fetscher, Neuwied und Berlin 1966, S. 204, 209, 211, 214, 226, 255 in Verbindung mit 262.

13 Vgl. Jean-Jacques Rousseau, Contract Social III 16 Abs. 1; II 4 besonders Abs. 5 Ende, Abs. 6, Abs. 9; II 5 Abs. 5; III 4 Abs. 1 u. 2 zur Ablehnung der antiken „Demokratie“ wegen fehlender Gewaltenteilung; III 5 Abs. 5. – Zur Gleichsetzung von Legislative und Souveränität vgl. John Locke, Zweite Abhandlung über die Regierung, § 134, § 143 Satz 1, § 149 Satz 1, § 150, § 212 ff und Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, § 45. – In Helmut Ridders früheren Arbeiten ist die rigorose Strenge des Gewaltenteilungssystems bei Rousseau bereits vollständig anerkannt (vgl. Ridder/Bäumlin, a.a.O., S. 1296), während andererseits der gleichen Konstruktion bei dem „liberalen“ Kant die radikaldemokratische Intention abgesprochen wird (ebd., S. 1298 f.). Hierzu und zum Folgenden vgl. Ingeborg Maus, Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluss an Kant, Frankfurt a. M. 1992.

ren die Gegenposition zu Montesquieu einnimmt (s.u.). Auch Rousseaus radikale Vergesetzlichung und Demokratisierung der Staatsgewalt ist gleichwohl an deren Effizienz interessiert. Der Grundsatz, nach dem Rousseau die geeignete Regierungsform je nach Größe und Bevölkerungszahl eines Landes erörtert, ist kein anderer als die möglichste Effizienz der Regierung bei der Durchsetzung des demokratischen Willens. Unter der Voraussetzung, dass „Exekutive“ hier noch ganz wörtlich verstanden wird und die Regierung nichts anderes ist als der „Zwischenträger der Befehle, die das Volk sich selbst gibt“, kann sogar ein Monarch mit der Regierung betraut werden, wenn Größe und Bevölkerungszahl eines Landes deren besondere Effizienz erfordern.<sup>14</sup>

Was aber Rousseau von Hobbes unterscheidet, ist – so könnte man überpointiert sagen – nichts anderes als sein Prinzip strikter funktionaler Gewaltenteilung, die allerdings *uno actu* aus der Demokratisierung der Souveränität folgt. Rousseaus Volkssouveränität ist nicht einfach die umgewendete Fürstensouveränität, wie das Gerede von der absolutistischen oder sogar totalitären Demokratie (die erst zu „konstitutionalisieren“ sei) gern annimmt. Mit der Demokratisierung der Souveränität werden die Funktionen überhaupt erst getrennt, die im Absolutismus zusammenfielen: Souveränität und staatliche Gewalt. Souveränität ist in langer ideengeschichtlicher Tradition ohnehin identisch mit der Funktion der Gesetzgebung: Der absolute Monarch bei Bodin oder Hobbes ist nicht etwa souverän wegen seiner Innehabung des so genannten Gewaltmonopols, sondern in seiner Eigenschaft als Quelle allen Rechts. Volkssouveränität besagt darum, dass die Gesetzgebung ausschließlich dem „Volk“, das heißt den Nichtfunktionären im Gegensatz zu den Amtsträgern in den Staatsapparaten zukomme, so dass jeder Einsatz der Staatsgewalt vermittels ihrer Gesetzesbindung durch die gesellschaftliche Basis schlechterdings kontrolliert und dirigiert wird.

Grundlegend für dieses radikaldemokratische Modell der Gewaltenteilung ist also, dass es nicht etwa auf einer Souveränitätsteilung beruht, wie das Modell Montesquieus oder die Unionsverfassung der USA, in denen teilsouveräne Staatsapparate sich in einem Gleichgewichtssystem wechselseitig kontrollieren. Indem vielmehr die ungeteilte Souveränität beim Volk verbleibt, sind der Idee nach sämtliche Gewalt habenden Staatsapparate „von unten“, durch das Volk zu kontrollieren. Gerade diese demokratische Version der Gewaltenteilung ist allerdings auf einen geradezu pedantischen Formalismus des Rechts zwingend angewiesen, wenn die Gesetzesbindung der Apparate gelingen soll. Dem dienen Kants Überlegungen zur „mathematischen Genauigkeit“ der Gesetzesbestimmungen oder zum Beispiel Rousseaus akribische Unterscheidungen zwischen Gesetz, Verwaltungsakt und justizförmigen Entscheidungen.<sup>15</sup> Dass das demokratische Gewaltenteilungsschema also ganz wesentlich auf der Entgegensetzung von Souveränität und Staatsgewalt beruht, erklärt auch, dass die Legislative im strengen Sinn gar keine „Gewalt“ ist, sondern „Souveränität“, und begründet ihre

14 Rousseau, a.a.O., III, 1 Abs. 8, 13; 2 Abs. 4; 3 Abs. 8.

15 Kant, a.a.O., § E Abs. 2. Rousseau, a.a.O., II, 6 Abs. 5-8; II, 5 Abs. 5.

Dominanz im so genannten Gewaltenteilungssystem, das Vergesetzlichung der Staatsgewalt intendiert.

Es spricht nicht gerade für das Demokratieverständnis des 20. Jahrhunderts, dass diese grundlegende Unterscheidung zwischen Souveränität und Staatsgewalt bzw. Gewalt überhaupt wieder verloren gegangen ist. So heißt es in Artikel 20 Absatz 2 GG nur noch lapidar: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“. Von der davon verschiedenen Souveränität ist hier nicht die Rede: Es gibt – so folgert die herrschende Lehre – auch nichts, was das Volk zurückbehält. Dagegen ist der Gegensatz zwischen Souveränität und Staatsgewalt bzw. staatlicher Macht konstitutiv für Rousseaus Begründung der Unveräußerlichkeit der Souveränität: Da die Souveränität nichts anderes als die Ausübung des Gemeinwillens in der Gesetzgebung ist, so argumentiert Rousseau, kann sie nur durch sich selbst repräsentiert werden. Die Macht kann wohl (an die Exekutive) übertragen werden, nicht aber der Wille. „Le pouvoir peut bien se transmettre, mais non pas la volonté.“<sup>16</sup> Entsprechend heißt es in der girondistischen Verfassung von 1791: „die Souveränität ist einheitlich, unteilbar, unveräußerlich und unverjährbar. Sie gehört der Nation. Kein Teil des Volkes und keine einzelne Person kann sich ihre Ausübung aneignen.“ (Dies wäre ein Rückfall in den Absolutismus oder ein Vorgriff auf die moderne Diktatur eines Einzelnen oder einer Gruppe.) Dagegen gilt für die staatliche Gewalt: „Die Nation, von der allein alle Gewalten (pouvoirs) ihren Ursprung haben, kann sie nur durch Übertragung ausüben.“<sup>17</sup> Analoge Bestimmungen finden sich in der Jakobiner-Verfassung von 1793, die allerdings nicht in Kraft trat: Sie stand zur Praxis der Jakobiner-Diktatur in äußerstem Gegensatz.

Nur ein Rechtsstaat – so kann vorläufig resümiert werden –, dessen Gewaltenteilungsschema auf der strikten Funktionenteilung zwischen Souveränität und Gewalt beruht, ist nicht Gegenspieler der Demokratie, sondern umgekehrt geradezu Bedingung der Möglichkeit von Demokratie. Nur wenn alle Souveränität ungeteilt bei der gesellschaftlichen Basis monopolisiert ist und keiner Staatsgewalt der geringste Anteil an Recht setzender Tätigkeit (und damit Selbstprogrammierung) zugestanden wird, kann die Formel „Herrschaft des Volkes durch die Herrschaft des Gesetzes“ einen nicht-ideologischen Charakter annehmen. Die Ausschließung rechtlicher Selbstprogrammierung der Staatsapparate impliziert nämlich eine spezifische Asymmetrie der Verteilung rechtsfreier Räume, die als konstitutiv für eine Demokratie angesehen werden muss: die totale Verrechtlichung der Staatsapparate und umgekehrt – für die Bürger – die fortbestehende Freiheit des Naturzustandes jenseits der Grenzen eines jeden genau bestimmten Gesetzes.<sup>18</sup>

Die spezifisch demokratische Bedeutung rechtsfreier Räume wird noch deutlicher im Hinblick auf den raschen Änderungsbedarf des modernen

16 Rousseau, a.a.O., II, 1 Abs. 2.

17 Titel III, Art. 1 und 2. Text nach Günther Franz (Hg.), Staatsverfassungen, Darmstadt 1975, S. 314 f.

18 Was dieser Aspekt bürgerlicher Freiheit, der sich in der Formel ausdrückt: „alles, was das Gesetz nicht ausdrücklich verbietet, steht in der Willkür jedes Einzelnen“, praktisch bedeutet, lässt sich angesichts seiner Umkehrung in der Rechtsstruktur des NS-Systems verdeutlichen: Durch extrem unbestimmte Gesetzesbegriffe und rechtsschöpferische Interpretationsmethoden wurde die große Freiheit der Staatsapparate nach dem Motto eröffnet: Das wäre noch schöner, wenn wir jemanden nicht verurteilen könnten, bloß weil nichts im Gesetz steht. Dazu unten.

Rechts. Der moderne Begriff der Souveränität wird überhaupt erst im Kontext der Vollpositivierung des Rechts entwickelt. Erst wenn bewusst wird, dass alles Recht auf Entscheidungen beruht und durch Entscheidungen wieder geändert werden kann, ist die rechtssetzende und schließlich verfassungsgebende Funktion auf den Begriff der Souveränität zu bringen. Unter demokratischem Vorzeichen ist es nun völlig unbedenklich, dass Souveränität im rechtsfreien Raum residiert. Damit ist nicht etwa das Recht des Ausnahmezustands, sondern die Normalität der rechtsändernden Innovationen des „Volkes“ gemeint. In diesem Sinn formuliert Sieyes, dass nur die Regierung, nicht aber das Volk an die Verfassung gebunden sei;<sup>19</sup> das heißt: Das Volk ist der Verfassung und den Gesetzen nur solange unterworfen, wie es sie noch nicht geändert hat, während umgekehrt die Staatsapparate, weil sie das Gewaltmonopol innehaben, zu keiner Änderung befugt sind.

Wie mit der Vollpositivierung des Rechts sich gerade die Anerkennung vorpositiver Souveränität durchsetzt, so ist es auch kein Widerspruch, dass mit der verfassungsrechtlichen Positivierung der Menschenrechte sich deren Auszeichnung als überpositive Rechte verbindet. Deren Doppelcharakter ist wiederum nur unter der Bedingung demokratischer Asymmetrie in der Verteilung rechtsfreier Räume unbedenklich. Während der positivrechtliche Aspekt der Rechte einseitig gegen die Staatsapparate gerichtet ist, folgt aus dem überpositiven oder sogar „vorstaatlichen“ Charakter der Menschenrechte, dass kein überpositivrechtliches Argument jemals von Seiten der Staatsapparate gegen die Individuen geltend gemacht werden kann, sondern dass der Durchgriff auf überpositive Rechte ausschließlich denen zukommt, die nicht politische Funktionäre, sondern „nur“ Menschen sind.

Dass im 18. Jahrhundert Menschenrechte nicht etwa als Schranken von Volkssouveränität und Gesetzgebung gedacht werden, sondern umgekehrt Volkssouveränität als Optimierungsprinzip von Menschenrechten gilt (weshalb übrigens beide Prinzipien gemeinsam in den Grundrechtekatalogen des 18. Jahrhunderts aufgeführt sind),<sup>20</sup> folgt ebenso aus der asymmetrischen Verteilung der rechtsfreien Räume, die gegen die Staatsgewalt gerichtet ist. Indem nur die Träger der Rechte selbst darüber befinden können, was der Inhalt ihrer Rechte ist – oder, wie Kant formuliert – indem „jeder Mensch [...] unverlierbare Rechte hat, die er nicht einmal aufgeben kann, wenn er auch wollte, und über die er selbst zu urteilen befugt ist“,<sup>21</sup> wird der unmittelbare Zusammenhang von Menschenrechten und Volkssouveränität hergestellt: Menschenrechte können nur im Wege der demokratischen Gesetzgebung und des öffentlichen Diskurses der Bürger konkretisiert und positiviert werden. Die Theorie des demokratischen Rechtsstaats des 18. Jahrhunderts hat daher die typisch konservative Polemik Edmund Burkes wohlverdient, derzufolge sie den Menschen die Rechte des vorstaatlichen

19 Emmanuel Joseph Sieyes, Was ist der Dritte Stand?, in: Ders., Politische Schriften 1788-1790, hg. von Eberhard Schmitt und Rolf Reichardt, München und Wien 1981, S. 117-195, hier: S. 167.

20 Virginia Bill of Rights (1776), Section 2. Französische Verfassung von 1791: Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, Art. 3. Französische Verfassung von 1793: Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, Art. 23-29, in: Franz, a.a.O.

21 Kant, Über den Gemeinspruch... Werkausgabe von Wilhelm Weischedel, Bd. XI, S. 127 ff., S. 161.

und des staatlichen Zustandes gleichzeitig zuspreche:<sup>22</sup> Genau dies hat sie gewollt.

Dieser Exkurs zu einschlägigen Konzeptionen der Aufklärung soll einen zentralen Aspekt von Helmut Ridder's Demokratietheorie, die sein weit gespanntes juristisches Werk bestimmt, verdeutlichen, obwohl Ridder selbst sich in seinen großen klassischen Arbeiten auf diese Theoriegeschichte noch nicht beruft.<sup>23</sup> Es handelt sich um jene komplexen Überlegungen Ridder's, die von der herrschenden Lehre entweder überhaupt nicht verstanden und wahrgenommen oder aus Gründen staatsautoritärer Fixierung geradezu dämonisiert wurden. Wenn Ridder sich gegen die herrschende Doktrin verwahrt, die im Sinn einer „Verstaatlichung gesellschaftlicher Freiheit“ die Bürger eines demokratischen Gemeinwesens nur als „Staatsorgane“ identifizieren kann<sup>24</sup> oder sogar ein staatlich verliehenes „politisches Mandat“ als Voraussetzung politischer Meinungsäußerung verlangt,<sup>25</sup> so hat er die gegenwärtige Entdemokratisierung des Rechtsstaats eindrucksvoll dargetan. Die „Verstaatlichung“ der Bürger bedeutet im ersten Fall, dass (zumal angesichts des extrem repräsentativen Charakters des Grundgesetzes) die Bürger nur in ihrer äußerst beschränkten verfassungsmäßig institutionalisierten Kompetenz existent sind: als Wähler. Das heißt in der Sprache einer Rekonstruktion der Demokratietheorie der Aufklärung: Volkssouveränität in ihrer Doppelfunktion als verfassungsrechtlich abgeleitete Kompetenz des Volkes und als allem (Verfassungs-)Recht vorausliegende Quelle des gesamten Rechts, womit die Lokalisierung demokratischer Lernfähigkeit und rechtlicher Innovation an der Basis der Gesellschaft bezeichnet ist, wird so aufs Äußerste dezimiert.

Im Fall des so genannten „politischen Mandats“, das der organisierten Studentenschaft durch die herrschende Lehre bestritten oder seitens liberaler Positionen zugebilligt wurde, legt Ridder hinsichtlich der politischen Meinungsäußerungsfreiheit exemplarisch dar, was das Ergebnis des heutigen Umgangs mit ursprünglichen Freiheitsrechten ist: Diese verwandeln sich in ein staatlich mediatisiertes, entweder verliehenes oder verweigertes Gut. Beide konstitutiven Momente der Demokratie, Volkssouveränität und öffentlicher Diskurs, sind so um ihre den etablierten Machtstrukturen jeweils vorausliegende Dimension gebracht.

## II

Dem Denken des 18. Jahrhunderts wäre eine getrennte Abhandlung der Begriffe „Rechtsstaat“ und „Verfassungsstaat“ ganz inadäquat. Die Verfassung war die Kodifikation der garantierten demokratischen Vergesetzlichung

22 Edmund Burke, *Betrachtungen über die Französische Revolution (1790)*, Frankfurt a. M. 1967, S. 107.

23 Später dagegen Helmut Ridder, *Wie und warum (schon) Weimar die Demokratie verfehlte*, in: *Zentrum und Peripherie. Festschrift für Richard Bäuml zum 65. Geburtstag*, hg. von Roland Herzog, Chur und Zürich 1992, S. 79-93.

24 Helmut Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung*, Opladen 1975, S. 84.

25 Helmut Ridder, *Das sogenannte politische Mandat von Universität und Studentenschaft*, in: *„Demokratie und Recht“*, 3/1975, S. 194-209.

der Staatsgewalt. Dagegen ist mit dem Begriff des Verfassungsstaats – so wie ihn die herrschende Lehre im 20. Jahrhundert gebraucht – geradezu ein Gegenmodell zum demokratischen Rechtsstaat bezeichnet. War ursprünglich der normative Begriff der Verfassung im Sinne eines geschriebenen Verfassungsdokuments, der überhaupt erst im Kontext der demokratischen Verfassungsgebung des 18. Jahrhunderts aufkam, mit der Absicht verbunden, dem Volk einen Kontrollmaßstab dafür an die Hand zu geben, ob politische Gewalt sich stets an die Bedingungen ihrer Übertragung halte,<sup>26</sup> so verkehrt das heutige Modell des Verfassungsstaats dieses Verhältnis in sein Gegenteil. Heute begegnet jeder aus der gesellschaftlichen Basis vorgetragene Innovationschub zur Gesetzesänderung oder Konkretisierung von Freiheitsrechten einer aus staatlicher Perspektive formulierten Anforderung der Treue zu einer Verfassung, deren Inhalte die Staatsapparate mit Hilfe freizügiger Interpretationsmethoden von Fall zu Fall neu definieren.

In diesem Kontext wird der „Verfassungsstaat“ heute theoretisch der „Souveränitätsdemokratie“ konfrontiert,<sup>27</sup> um letzterer überhaupt den Verfassungscharakter abzuspochen. Einigermaßen verräterisch wird in der gegenwärtigen Verfassungstheorie auch der Begriff des „Konstitutionalismus“, der bislang den spezifischen Verfassungstypus des deutschen 19. Jahrhunderts bezeichnete, generalisierend für die Existenz moderner Verfassungskodifikation verwendet, womit die Verdrängung des gegenläufigen Typus des demokratischen Rechtsstaats auf den Begriff gebracht ist.<sup>28</sup> Konstitutionalisiert werden soll aber nicht mehr – wie noch in den Verfassungen des 19. Jahrhunderts – das monarchische Prinzip, sondern die demokratische Souveränität.

Der „Vorrang“ einer mittels spezifischer Methoden (s.u.) zu einem System von Grundwerten und Rechtsgütern substanzialisierten Verfassung wurde zunächst gegen den gerade demokratisierten Gesetzgeber der Weimarer Republik durchgesetzt. Die Konsequenzen betreffen unmittelbar die demokratische Version der Gewaltenteilung. Die schon in den Beratungen der Weimarer Verfassung versuchte, in der herrschenden Weimarer Staatsrechtslehre und -praxis vertretene und schließlich im Grundgesetz positivierte Adressierung der Grundrechte auch an den Gesetzgeber verändert – wie schon die Weimarer Protagonisten wohl wussten – das Verhältnis der Gewalten zueinander ganz grundsätzlich. Es ist kein geringerer als Carl Schmitt, der erläuterte, dass der Rechtsstaat als parlamentarischer Gesetzgebungsstaat auf der überragenden Position der Legislative basiert und durch die Überordnung materialer Verfassungswerte „zerstört“ würde.<sup>29</sup> Carl Schmitt beteiligt sich nicht nur an dem letzteren Geschäft, indem er sich für die „Werthaftigkeit“ des Grundrechtsteils gegen den parlamentarisch-basisdemokratisch-rechts-

26 Französische Verfassung von 1791, in: Franz, a.a.O., S. 302 f.

27 So Martin Kriele, Einführung in die Staatslehre, Reinbek 1975, S. 111.

28 Dazu: Ingeborg Maus, Volkssouveränität versus Konstitutionalismus. Zum Begriff einer demokratischen Verfassung, in: Günter Frankenberg (Hg.), Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1994, S. 75-83.

29 Carl Schmitt, Legalität und Legitimität (1932), in: Ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1958, S. 263-350, hier: S. 299. – Dazu: Ingeborg Maus, Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts, München 21980.

staatlichen Verfahrensteil der Weimarer Verfassung entscheidet,<sup>30</sup> sondern zeigt sich auch an den Konsequenzen für das Gewaltenteilungssystem interessiert. Die neue Hierarchie: „höhere Norm“ vs. einfaches Gesetz stellt die demokratische Hierarchie der Suprematie der Gesetzgebung gegenüber den gesetzesanwendenden Staatsapparaten auf den Kopf, das heißt, letztere können im Durchgriff auf die „höheren“ Normen des zu einem Wertsystem mutierten Grundrechtsteils sich aus der Bindung an „einfache“ Gesetze befreien und zur Selbstprogrammierung übergehen.<sup>31</sup> Es passt zu dieser Verabschiedung des auf Volkssouveränität basierten Gewaltenteilungssystems, dass Carl Schmitt überall da, wo er idealtypisch von „dem“ Gewaltenteilungssystem spricht (ohne auch für eine solches überhaupt zu optieren), die Kriterien Montesquieus bzw. die des Präsidialsystems verabsolutiert: wechselseitige Balancierung und Hemmung der Gewalten sowie das Inkompatibilitätsprinzip.

Bis heute scheitert die Klärung unserer demokratischen Zustände an der suggestiven Wirkung der Schmittschen Konstruktionen. Dass der Rechtsstaat eher eine Zwangsjacke als die Bedingung der Möglichkeit von Demokratie sei, dass es ein höheres Recht über dem Gesetz geben müsse und Montesquieus tatsächliche „Mäßigung“ der Staatsgewalt durch (noch feudalständische) Souveränitätsteilung einer auf Volkssouveränität basierten Gewaltenteilung vorzuziehen sei, ist gegenwärtig eine Grundüberzeugung sogar unter „linken“, „kritischen“ oder „alternativen“ Diskutanten. Dies ist umso leichter der Fall, als unbewusste deutsche Kontinuitäten der Verhinderung einer zumindest starken parlamentarischen Demokratie (bereits der übermächtige Reichspräsident der Weimarer Verfassung wurde zwecks Vermeidung eines englischen oder französischen „Parlamentsabsolutismus“ favorisiert) mit den Prinzipien der amerikanischen Unions-Verfassung konvenierten, die nach 1945 eine hegemoniale Wirkung entfaltete.

Wie „Federalist“ No. 78 belegt, ist es die vordringliche Absicht der Verfassungsväter, den „Vorrang der Verfassung“ gegen die Legislative zu sichern. Die hier vorgebrachten Argumente für die Prüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch den Supreme Court (bekanntlich erst in der Rechtsprechungspraxis des letzteren gegen den beschlossenen Text der Verfassung durchgesetzt) besagen: Das Volk hat als verfassungsgebende Gewalt seinen höherrangigen Willen einmal in der Verfassung niedergelegt. Dieser geronnene Wille soll seitens des Supreme Court gegen den in Gesetzgebungsakten je neu artikulierten Volkswillen korrigierend ausgespielt werden können – wobei der Supreme Court die Verfassung zu interpretieren hat.<sup>32</sup>

Das durchgängige Misstrauen der Federalist-Autoren gegen das Volk und die es unmittelbar repräsentierende Legislative<sup>33</sup> bedient sich des Montesquieschen Gewaltenteilungsarrangements, das gegen die Macht des Königs

30 Carl Schmitt, a.a.O., S. 344 f. – Zu Carl Schmitts dichotomisierender Verfassungsinterpretation vgl. Ulrich Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, Berlin 2003.

31 Carl Schmitt, a.a.O., S. 308 f.

32 Alexander Hamilton, James Madison und John Jay, *Die Federalist-Artikel*, hg. von Angela und Willi P. Adams, Paderborn u.a. 1994, S. 469 ff.

33 Vgl. ebd., No. 10, S. 50 ff.

und des Volkes gleichermaßen gerichtet war, als einer adäquaten Konstruktion – freilich mit einer charakteristischen Abwandlung. Hatte Montesquieu gerade auch die „furchtbare“ Macht der Justiz beschränken wollen und gegen sie die berühmte Formel, dass sie „en quelque facon nulle“, also gewissermaßen ein Nichts sei, als normative Forderung gerichtet,<sup>34</sup> nehmen die Federalist-Autoren die Formel als deskriptive Aussage und basieren darauf ihre Ermächtigung der selber unkontrollierten Justiz zur Kontrolle des Gesetzgebers.<sup>35</sup> Hatte Montesquieu die gesetzgebende Souveränität zwischen Legislative und Exekutive mittels Vetorecht des Monarchen geteilt, aber als spezifisches Charakteristikum der Justiz eines republikanischen Systems angegeben, dass sie dem Gesetz schlechterdings unterworfen sei,<sup>36</sup> so bestimmt sich, was ein US-amerikanisches Gesetz ist, durch Kongress, Vetorecht des Präsidenten und inzidente Normenkontrolle des Supreme Court. Indem so die US-amerikanische Version der „Gewaltenteilung“ in Wirklichkeit Souveränitätsteilung ist, weil sie sämtliche Gewalten an der Rechtsetzung beteiligt, verzichtet sie tatsächlich auf jede Form einer Teilung der Gewalten nach ihren Funktionen und richtet lediglich ein Inkompatibilitätsgebot gegen etwaige Durchgängigkeit des Personals in Kongress und Exekutive bzw. Verwaltung. Umgekehrt beruht jede echte parlamentarische Demokratie auf einer personellen Identität – die Regierungsmitglieder sind zugleich Abgeordnete des Parlaments<sup>37</sup> – und kann sich diese leisten, weil sie funktionale Gewaltenteilung voraussetzt.

Was nun die Möglichkeit demokratischer Verhältnisse unter der Geltung des Grundgesetzes angeht, so finden sich Restriktionen sowohl in der Verfassung selbst als auch in der auf das Grundgesetz nur höchst ungefähr bezogenen Verfassungspraxis sowie – wiederum – in Desinteresse und Unkenntnis der so genannten „kritischen Intelligenz“ in Bezug auf verfassungsrechtliche Bedingungen von Demokratie. Zum letzteren Aspekt sei hier nur auf aktuelle Forderungen nach Einführung von Inkompatibilitäten oder Direktwahl exekutivischer Instanzen durch das Volk, die jede nicht-präsidentielle Demokratie – entgegen der guten Absichten der Befürworter – vernichten würden, verwiesen. Die abschließenden Überlegungen konzentrieren sich auf die Innovation der deutschen Verfassungsgeschichte, die Einführung gerichtlicher Normenkontrolle des Gesetzgebers nach US-amerikanischem Vorbild, wenngleich in der spezifischen Ausformung einer Verfassungsgerichtsbarkeit. Während der Einbau des präsidentiellen Widerparts in das parlamentarische System aufgrund der Weimarer Erfahrungen vermieden wurde, bot sich in der Errichtung eines Verfassungsgerichts mit exorbitanten Kompetenzen eine neue Möglichkeit der Demokratieverhinderung an.

34 Charles de Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze*, XI. Buch, Kap. 6., Abs. 14 u. 32. Vgl. die Übersetzung in der Ausgabe von Ernst Forsthoff, Tübingen 21992, Bd. I, S. 217, 220.

35 Hamilton/Madison/Jay, a.a.O., S. 471.

36 Montesquieu, a.a.O., VI. Buch, Kap. 3, Abs. 1 u. 2, S. 109.

37 Der Beginn der Durchsetzung des Parlamentarismus wird zu Recht auf den Zeitpunkt der Aufhebung der Inkompatibilitätsgebote datiert: Ernst Fraenkel, *Das amerikanische Regierungssystem*, Köln und Opladen 1960, S. 34; Karl Loewenstein, *Der britische Parlamentarismus*, Reinbek 1964, S. 66 f.

Die Verweigerung des Lernens aus der spezifisch deutschen NS-Vergangenheit besteht bereits bei der Kompetenzausstattung dieses Gerichts in dem Umstand, dass nicht ohne intensive Lobby des Deutschen Richterbundes in den Verfassungsberatungen<sup>38</sup> die Position jener Justiz ausgebaut wurde, die sich im NS-System als äußerst willfährig erwies. Dass gerade die deutsche Justiz in dieser Situation zum „Hüter“ der neuen demokratischen Verfassung avancieren konnte, ist angesichts der ungebrochenen personellen Kontinuität der juristischen Standesorganisationen, der amtierenden Richter und der Lehrstuhlinhaber an den rechtswissenschaftlichen Fakultäten vor und nach 1945 daraus zu erklären, dass die ins nationalsozialistische Rechtssystem zum Teil tief Verstrickten nun in der Lage waren, ihre eigene Vergangenheit zu bewältigen. Ihre Definitionsmacht hinsichtlich der Ursachen nationalsozialistischen Unrechts und deren künftiger Vermeidung begründete zudem die Festschreibung der gerade erprobten juristischen Methoden, durch die fortan das Bundesverfassungsgericht seinen Aktionsradius weit über die bereits großzügigen Kompetenzzuweisungen des Grundgesetzes hinaus ausdehnte – Methoden, die Helmut Ridder, wie noch zu zeigen ist, überaus eindrucksvoll analysiert hat.

Bis heute finden sich noch Anhänger jener Nachkriegslegende, die besagt, es sei die Gesetzestreue der deutschen Richter, ihr rechtspositivistisches Verständnis der Anwendung des Rechts gewesen, das ihre Willfährigkeit im NS-System bedingt habe. Auch diese Legende hatte ihren Ursprung in der Rechtfertigungsstrategie derer, die selbst in höchsten Gerichten dem NS gedient hatten.<sup>39</sup> Die angebliche Unterstellung unter den nationalsozialistischen Gesetzesbefehl – ein Begriff, der einen Befehlsnotstand der Richter suggerieren sollte – existierte aber deshalb nicht, weil es weder anwendbare Gesetze gab noch auch nur eine Duldung rechtspositivistischer Rechtsanwendung. Ausweislich des umfänglichen rechtstheoretischen und rechtsmethodologischen Quellenmaterials der NS-Zeit war „Rechtspositivismus“ ein Kampfbegriff, mit dem etwaige juristische Gegner des Systems mundtot gemacht wurden. Ferner bestanden auch die vom Reichsjustizministerium seit 1942 herausgegebenen „Richterbriefe“ auf der „Wert“-Orientierung der Richter statt der Gesetzesbindung<sup>40</sup> und verdeutlichten, dass nur die weit gehende Flexibilisierung aller Rechtsbestimmungen die systemgerechten Diskriminierungen je nach den besonderen Umständen des Einzelfalls durchsetzen konnte.

Die Kontinuität der juristischen Methode nach 1945 auch in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts – obgleich von inhaltlicher Kontinuität keine Rede sein kann – verdeutlicht erst wirklich, was es mit dem „Verfassungsstaat“ der Bundesrepublik auf sich hat. Die Verfassungsmäßigkeit demokratischer Gesetze wird nicht etwa anhand der geschriebenen Verfassung über-

38 Werner Sörgel, *Konsensus und Interessen. Eine Studie zur Entstehung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart 1969.

39 Vgl. Hermann Weinkauff, *Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus*, Stuttgart 1968.

40 Nachweise im Einzelnen: Ingeborg Maus, „Gesetzesbindung“ der Justiz und die Struktur der nationalsozialistischen Rechtsnormen, in: Ralf Dreier und Wolfgang Sellert (Hg.), *Recht und Justiz im „Dritten Reich“*, Frankfurt a. M. 1989, S. 81-103.

prüft, sondern bestimmt sich an einer Verfassung, die jenseits des Verfassungstextes liegt und durch die Entscheidungstätigkeit des Gerichts zutage gefördert wird. Insbesondere in den Anfängen seiner Judikatur, in denen das Gericht fast mehr mit sich selbst und seinem Methoden-Verständnis befasst ist als mit den vorgelegten Fällen, wird überdeutlich, dass diese Verfassungstheorie weit mehr impliziert als die selbstverständliche Tatsache, dass ein Verfassungstext (wie jeder Text) der Interpretation bedarf. Aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts ist eine Verfassung nicht mit der Summe bzw. dem systematischen Zusammenhang ihrer verfassungsgesetzlichen Einzelbestimmungen identisch, sondern besteht aus elementaren Verfassungsprinzipien, die wegen ihres überpositiven Charakters einen höheren Rang einnehmen, so dass einzelne geschriebene Verfassungsnormen „wegen eines Verstoßes gegen sie nichtig sein können“<sup>41</sup>.

Nicht, dass eine solche einzelne Nichtigkeitserklärung jemals vorgekommen wäre, macht den Skandal dieser Ausführungen aus, sondern die offene Ankündigung, dass für die künftige Verfassungsjudikatur geschriebene Verfassungsbestimmungen überhaupt minderen Ranges sind. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht für diese seine Auffassung eine Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zitiert, kann es nicht kaschieren, dass hier der innerste Kern von Carl Schmitts Verfassungstheorie, die durchgängig eine höhere „Verfassung“ gegen das einfache „Verfassungsgesetz“ ausspielte<sup>42</sup>, in die Verfassungsjudikatur der Bonner Demokratie inkorporiert wird. Dass der Voluntarismus des Bundesverfassungsgerichts umso stärker an die Stelle demokratischer Gesetzgebung treten wird, je „höher“ seine Durchgriffe über die positivrechtlichen Verfassungsbestimmungen hinweg ausfallen, zeichnet sich hier schon ab.

Helmut Ridder hat das große Verdienst, die scheinbare „Erhöhung“ der Grundrechte durch die totalisierenden und wertorientierten Interpretationen des Bundesverfassungsgerichts als einen Vorgang durchschaut zu haben, in dem die ursprünglichen Freiheitsrechte der Bürger sich in staatlich zugeteilte Güter verwandeln, die nur nach den besonderen Umständen des jeweils vorliegenden Einzelfalles situativ zugestanden werden.<sup>43</sup> Er hat zudem eindringlich analysiert, wie im Zuge dieser Judikatur auch die Rechtsprechung der Instanzgerichte auf die Lockerung der Gesetzesbindung verwiesen wird. Zwei seiner Beispiele aus den ersten Jahrzehnten dieser Verfassungsrechtsprechung seien hier eingeführt.

An dem berühmten, Epoche machenden Lüth-Urteil von 1958<sup>44</sup> zeigt Ridder, dass das schöne Ergebnis sich einer freiheitsfeindlichen Grundgesetzinterpretation verdankt. Das Lüth-Urteil hatte bekanntlich den instanzgerichtlich als sittenwidrig (nach § 826 BGB) eingestuften Boykottaufruf des Senatsdirektors Lüth gegen Filme des Nazi-Regisseurs Veit Harlan unter den Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit gestellt. Helmut Ridder zeigt,<sup>45</sup> dass

41 BVerfGE 1, 14, 32.

42 Schmitt, a.a.O., S. 311.

43 Ridder, Die soziale Ordnung..., a.a.O., S. 50 ff.

44 BVerfGE 7, 198.

45 Ridder, Die soziale Ordnung..., a.a.O., S. 75 ff., 79 ff.

die (hoch komplexe) Begründung des Lüth-Urteils auf einem totalisierenden Verständnis der Grundrechte beruht, das deren Bezug auf jeweils konkrete Freiheitsbereiche übersieht und dadurch erst jene Kollisionen entweder mit anderen Grundrechten oder sonstigen „Rechtsgütern“ erzeugt, die das Bundesverfassungsgericht anschließend – je nach Lage des Einzelfalls – aufzulösen hat. Die im Lüth-Urteil hergestellte spezifische Kollision zwischen zwei gleichrangigen (!) Bestandteilen, dem Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit und (den durch § 826 BGB geschützten) Eigentumsrechten (hier: der Filmverleihfirma im Fall Veit Harlans) macht erst den Weg für jene unbe-rechenbaren „Abwägungen“ frei, durch die das Bundesverfassungsgericht den Inhalt von Grundrechten nicht nur täglich neu bestimmen kann, sondern auch – bezogen auf die Besonderheiten des Einzelfalls – das gleiche Grundrecht jedes Bürgers auf Meinungsäußerungsfreiheit in ein zugestandenes Privileg (hier des Herrn Lüth) transformiert.<sup>46</sup> Helmut Ridder kann darauf verweisen, dass noch am gleichen Tag eine Bundesverfassungsgerichtsentscheidung erging, die dem Eigentumsrecht eines Vermieters den Vorrang vor der (plakatierten) politischen Meinungsäußerung des Mieters zuerkannte.<sup>47</sup> Dass aber überhaupt das für den demokratischen Prozess konstitutive Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit der Abwägung mit privatrechtlich geschützten „Gütern“ unterliegen kann, folgt aus seiner Überführung in eine „objektive Wertordnung“, die nach den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts „für alle Bereiche des Rechts gilt“. Deutlicher als in der Analyse Ridders kann nicht vorgeführt werden, dass der *usus modernus* eines „Vorrangs der Verfassung“, der die Entformalisierung der Verfassung betreibt und eine höhere Verfassung gegen das bloße Verfassungsgesetz ausspielt, den demokratischen Vorrang der Meinungsäußerungsfreiheit gerade zerstört.

Viel zu wenig wurde beachtet, dass Helmut Ridders Kritik zentraler Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zugleich die Justizpraxis im Ganzen betrifft. Während das spezifische Recht-vor-Gesetz-Denken in der Bundesrepublik ohnehin einen zentralen Gegenstand seiner kritischen Arbeiten bildet, hat Ridder an einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die Anweisungen zur juristischen Methode an die Instanzgerichte enthält, grundsätzlich gezeigt, wie ein „rechtlicher Mehrwert“ gegen das Gesetz in einer Weise ausgespielt wird, die die Rechtsordnung insgesamt verflüssigt und für situationsgerechte Entscheidungen aufbereitet.<sup>48</sup> Da eine starke Kritik des Bundesverfassungsgerichts hierzulande stets auf ungläubiges Stauen stößt, sei der einschlägige Passus des Soraya-Beschlusses hier zitiert: „Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Setzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnanzien besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag. [...] Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfas-

46 Ebd., S. 80 f.

47 Ebd., S. 81.

48 Ebd., S. 73 f., 75, 146 ff. und Helmut Ridder, Alles fließt. Bemerkungen zum „Soraya-Beschluss“ des ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts, in: „Archiv für Presserecht“, 20/1973, hier: S. 453-457.

sungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren.“<sup>49</sup>

Wenn das Bundesverfassungsgericht die Korrektur der Gesetze durch das „Recht“ der gesamten Justiz überträgt, kann es sich dafür nur scheinbar auf eine Formulierung des Grundgesetzes berufen, die die Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ bindet (Art. 20, Abs. 3 GG). Diese Formel wurde im Parlamentarischen Rat unter deutlichem Hinweis auf die synonyme Bedeutung beider Begriffe eingesetzt,<sup>50</sup> aber von einer Rechtsprechung, die sich längst im Sinne einer „objektiven“ Methode der Verfassungsinterpretation vom Willen des Verfassungsgebers distanziert hatte, reklamiert, um dem eigenen Voluntarismus auf Kosten des Verfassungsgesetzes und der einfachen Gesetze Spielräume zu eröffnen. Die Tatsache, dass sich im zitierten Text der Verfassungsgerichtsentscheidung die methodischen Anweisungen reproduzieren, die bereits in den „Richterbriefen“ des NS-Systems an die gesamte Justiz adressiert waren, ist beängstigend – auch wenn es sich selbstredend nicht um dieselben „Wertvorstellungen“ handelt, die der Justiz, anstelle der Gesetzesbindung, zur „Aufgabe“ gemacht werden. Es bleibt festzuhalten, dass in dieser 1973 ergangenen verfassungsgerichtlichen Funktionsbeschreibung der Justiz der Rechtsstaat als demokratische Vergesetzlichung aller Staatsgewalt zur Disposition gestellt ist.

Die Aushöhlung des demokratischen Rechtsstaats durch den Vorrang einer entformalisierten Verfassung ist bisher in zwei Versionen erkennbar. Hatte Carl Schmitt eine „höhere“ werthafte Verfassung gegen das Verfassungsgesetz und alle einfachen Gesetze ausgespielt, um das Verteilungsschema des demokratischen Rechtsstaats – völlige Vergesetzlichung der Staatsapparate, rechtsfreie Räume nur für den demokratischen Souverän – auf den Kopf zu stellen und die verfassungsgebende Souveränität des Volkes auf die Diktatur des Reichspräsidenten umzuleiten, so spielt sich unter der Herrschaft einer entformalisierenden Verfassungsjudikatur ein moderateres Drama ab. Das Bundesverfassungsgericht, das vom Grundgesetz als „Hüter“ der geschriebenen Verfassung eingesetzt war, usurpiert in der freizügigen Auslegung einer „Verfassung“, deren Inhalt es selber durch seine Entscheidungen je nach Sachlage stets neu bestimmt, die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, ohne dass ein Verfassungsgesetz zustande käme. Auf diese Weise verschwinden auch die rechtsfreien Räume der Bürger, die nur durch präzise Gesetzesbestimmungen ausgegrenzt werden können, während die gesetzgebende Souveränität des Volkes in der Selbstprogrammierung der Apparate verschwindet. Auch wenn zugestanden werden muss, dass in neuerer Zeit Phasen größerer Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts zu verzeichnen sind, so ist doch „self-restraint“ keine demokratische Kategorie: Sie entspricht der „Mäßigung“, die der aufgeklärte absolute Monarch sich aus eigener Einsicht auferlegt.

49 BVerfGE 34, 269, 286 f.

50 Dazu im Einzelnen: Maus, *Entwicklung und Funktionswandel...*, a.a.O., S. 46 f.

Demokratien, die noch auf Volkssouveränität beruhen, gehören zu einer „bedrohten Art“, die zum Beispiel in den Niederlanden, Großbritannien oder den skandinavischen Staaten noch einige Reservate findet. Ansonsten ist seit 1945, erst recht nach 1989 die Bereitschaft groß, Verfassungsgerichtsbarkeiten und vor allem starke Präsidialpositionen in parlamentarische Systeme einzubauen. Im Zuge des heutigen Verfassungseklektizismus schwindet das Bewusstsein, dass auf Volkssouveränität basierte Gewaltenteilungssysteme nicht beliebig mit souveränitätsteilenden Balancierungen kombiniert werden können, ohne die je spezifischen Kontrollfunktionen außer Kraft zu setzen. Auf diese Weise entstehen zunehmend Verfassungen, die Härte-tests so wenig bestehen werden, wie einst die Weimarer Verfassung.

Verständnis und Interesse für Probleme nationalstaatlicher Demokratie sind freilich in dem Maße rückläufig, als die allgemeine Aufmerksamkeit sich der projektierten europäischen Verfassung zuwendet. Aber auch bei größter Zustimmung zur Erweiterung der EU muss hinsichtlich der Qualität ihrer angestrebten Vertiefung gefragt werden, welche Kriterien für eine demokratische Verfassung überhaupt noch bestehen. Der vorliegende Verfassungsentwurf für Europa wird zunehmend mit der Parole akzeptiert „besser diese Verfassung als gar keine“ – als gälte es, aus dem Naturzustand herauszukommen. Mit Kant wäre hier daran zu erinnern, dass die (bereits vertraglich verbundenen) europäischen Einzelstaaten auch „innerlich schon eine rechtliche Verfassung haben“, und das Verständnis für demokratische Strukturen so weit zu schärfen, dass der Verfassungsentwurf für Europa in seiner jetzigen Gestalt als ein neues großes Projekt der Demokratieverhinderung zu erkennen ist. Die Errichtung einer tatsächlich demokratischen europäischen Verfassung ist ein neues Thema, das gleichwohl nicht unter dem Reflexionsniveau der noch innerstaatlich orientierten Demokratietheorie verhandelt werden sollte. Die Besinnung auf das Werk Helmut Ridders ist deshalb dringend zu empfehlen.

## **Einbanddecken 2003**

sind ab sofort lieferbar.

Information und Bestellung: 0228/650133

abo@blaetter.de

